

## L 18 AS 232/22 B ER

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
LSG Berlin-Brandenburg  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende  
Abteilung  
18.  
1. Instanz  
SG Berlin (BRB)  
Aktenzeichen  
S 149 AS 464/22 ER  
Datum  
14.02.2022  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 18 AS 232/22 B ER  
Datum  
17.03.2022  
3. Instanz  
-  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Beschluss  
Bemerkung

[L 18 AS 233/22 B ER](#) PKH

**Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 14. Februar 2022 geändert.**

**Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, der Antragstellerin Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für die Zeit vom 26. Januar 2022 bis 31. März 2022, längstens bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache, mit der Maßgabe zu gewähren, dass der Leistungsbewilligung 80 vom Hundert des gesetzlichen Regelsatzes für Partner zugrunde zu legen sind.**

**Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.**

**Der Antragsgegner trägt die außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin im gesamten Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes.**

**Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren wird abgelehnt.**

### **Gründe**

Die Beschwerde der 1997 geborenen Antragstellerin ist im Wesentlichen begründet. Der Antragsgegner war im Wege einer gerichtlichen Regelungsanordnung iSv [§ 86b Abs. 2 Satz 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zu verpflichten, für die Zeit vom 26. Januar 2022 (Antragseingang) bis 31. März 2022, längstens bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache, der Antragstellerin, die die rumänische Staatsangehörigkeit besitzt, Regelleistungen im tenorierten Umfang im Rahmen der Bedarfsgemeinschaft mit ihrem nicht mit ihr verheirateten Partner F M und dem gemeinsamen, am 30. April 2021 geborenen Sohn S F, zu gewähren, die beide bereits im laufenden Regelleistungsbezug des Antragsgegners seit 1. Oktober 2021 stehen. Die gerichtliche Regelungsanordnung ergeht dem Grunde nach (vgl. [§ 130 Abs. 1 SGG](#) analog) mit den getroffenen Maßgaben. Dies gilt indes nicht für die begehrten Regelleistungen in voller Höhe und etwaige Leistungen für Kosten der Unterkunft und Heizung (KdUH). Die insoweit weitergehende Beschwerde war ebenso zurückzuweisen wie die Beschwerde gegen die Ablehnung der Bewilligung von Prozesskostenhilfe (PKH) durch das Sozialgericht.

Nach ständiger Rspr des erkennenden Senats ist in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes der geltend gemachte Regelbedarf iSv § 20 Abs. 1 und 4 Sozialgesetzbuch - Grundsicherung für Arbeitsuchende - (SGB II) regelmäßig nur iHv 80 vH zu berücksichtigen, weil er nur in

diesem Umfang unabweisbar ist (vgl Bundesverfassungsgericht <BVerfG>, Beschluss vom 12. Mai 2005 - [1 BvR 569/05](#) - juris; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 19. Mai 2010 - [L 5 AS 797/10 B ER](#) -; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 12. September 2007 - [L 20 B 75/07 SO ER](#) -; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 29. Januar 2007 - [L 7 SO 5672/ 06 B ER](#) - alle juris). Soweit die Antragstellerin mit ihrem Eilrechtsantrag auch Leistungen für KdUH geltend gemacht haben sollte („in gesetzlicher Höhe“), ist ein entsprechender Bedarf weder vorgetragen worden noch aus den eingereichten Unterlagen zur Gewährung von PKH oder den vorgelegten Kontoauszügen zu ersehen. Die Regelung ergeht antragsgemäß ab Eingang des Rechtsschutzantrags (26. Januar 2022 bis längstens 31. März 2022). Der Endzeitpunkt folgt im Übrigen auch daraus, dass Gegenstand des Verfahrens (nur) der (negative) Zugunstenbescheid des Antragsgegners nach § 44 Sozialgesetzbuch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz – (SGB X) bildet, mit dem der Antragsgegner die Bewilligungsentscheidung vom 11. November 2011 für die Zeit vom 1. Oktober 2021 bis 31. März 2022 überprüft hat.

Die Entscheidung zum Erlass der im Tenor bezeichneten Regelungsanordnung stützt sich auf eine hier verfassungsrechtlich gebotene Folgenabwägung. Hierbei kam auch dem Umstand besondere Bedeutung zu, dass die vorläufige Regelung ohnehin nur längstens bis 31. März 2022 Bestand haben wird und eine umfassende Sachaufklärung in diesem (kurzen) Zeitraum nicht möglich ist.

[Art. 19 Abs. 4](#) Grundgesetz (GG) garantiert einen effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt (vgl [BVerfGE 67, 43](#) <58>; [96, 27](#) <39>). Wirksam ist Rechtsschutz dabei nur, wenn er innerhalb angemessener Zeit erfolgt. Daher sind die Fachgerichte gehalten, vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, wenn Antragstellern sonst eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in ihren Rechten droht, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen (vgl [BVerfGE 93, 1](#) <13 f>; [126, 1](#) <27 f>). Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes durch [Art. 19 Abs. 4 GG](#) gebietet eine Auslegung und Anwendung der die Einlegung von Rechtsbehelfen regelnden Vorschriften, die die Beschreitung des eröffneten Rechtswegs nicht in unzumutbarer, durch Sachgründe nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren (vgl [BVerfGE 77, 275](#) <284>; [78, 88](#) <99>). Je schwerer die sich aus der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes ergebenden Belastungen wiegen und je geringer die Wahrscheinlichkeit ist, dass sie im Falle des Obsiegens in der Hauptsache rückgängig gemacht werden können, umso weniger darf das Interesse an einer vorläufigen Regelung oder Sicherung der geltend gemachten Rechtspositionen zurückgestellt werden (vgl [BVerfGE 35, 382](#) <402>; BVerfG, Beschluss vom 1. August 2017 - [1 BvR 1910/12](#) - juris - Rn 12).

Im Verfahren des gerichtlichen Eilrechtsschutzes dürfen Entscheidungen sowohl auf eine Folgenabwägung als auch auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache gestützt werden. Hierbei ist dem Gewicht der in Frage stehenden und gegebenenfalls miteinander abzuwägenden Grundrechte Rechnung zu tragen, um eine etwaige Verletzung von Grundrechten nach Möglichkeit zu verhindern (vgl [BVerfGE 126, 1](#) <27 f>). Je gewichtiger die drohende Grundrechtsverletzung und je höher ihre Eintrittswahrscheinlichkeit ist, desto intensiver hat die tatsächliche und rechtliche Durchdringung der Sache bereits im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu erfolgen (vgl BVerfG, Beschluss vom 14. März 2019 - [1 BvR 169/19](#) - juris - Rn 15 mwN). Indessen dürfen sich die Gerichte, wenn ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen können, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären, nur dann an den Erfolgsaussichten der Hauptsache orientieren, wenn sie die Sach- und Rechtslage nicht nur summarisch, sondern abschließend prüfen können. Eine solche abschließende Prüfung kommt allerdings nur in Betracht, wenn eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren möglich ist (vgl BVerfG, Beschluss vom 27. Juli 2016 - [1 BvR 1241/16](#) - juris - Rn 11; Beschluss vom 20. November 2018 - [2 BvR 80/18](#) - juris - Rn 8). Ist eine der drohenden - vorliegend im Hinblick auf das sog Gegenwärtigkeitsprinzip existenzsichernden Leistungen letztlich irreparable - Grundrechtsverletzung Rechnung tragende Klärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, ist eine Folgenabwägung durchzuführen (vgl BVerfG, Beschluss vom 27. Juli 2016 - [1 BvR 1241/16](#) - juris - Rn 11; Beschluss vom 20. November 2018 - [2 BvR 80/18](#) - juris - Rn 8; Beschluss vom 14. März 2019 - [1 BvR 169/19](#) - juris - Rn 15 mwN; stRSpr). Vorliegend ist der Anspruch auf Gewährung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art. 1](#) in Verbindung mit [Art. 20 Abs. 1 GG](#) betroffen, dessen Beeinträchtigung auch nachträglich bei einem erfolgreichen Abschluss des - möglicherweise noch längere Zeit in Anspruch nehmenden - Hauptsacheverfahrens nicht mehr ausgeglichen werden kann, weil der elementare Lebensbedarf eines Menschen grundsätzlich nur in dem Augenblick befriedigt werden kann, in dem er besteht (vgl [BVerfGE 125, 175](#) <225>). Droht einer Antragstellerin bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in ihren Grundrechten, die durch eine der Klage stattgebende Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, so ist - erforderlichenfalls unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Anspruchs - einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen (vgl [BVerfGE 79, 69](#) <75>; [94, 166](#) <216>). Denn in diesen Fällen kann das Fachgericht nur im einstweiligen Rechtsschutz eine endgültige Grundrechtsverletzung verhindern. Werden die Folgen gegeneinander abgewogen, so ergibt sich derzeit ein eindeutiges Übergewicht zugunsten der Belange der Antragstellerin.

Es liegt zunächst ein Anordnungsgrund vor, der sich bereits daraus ergibt, dass keine feststellbaren Tatsachen dafür ersichtlich sind, dass die Antragstellerin das Existenzminimum sichernde Mittel zu Verfügung hatte bzw hat. Die seit September 2021 in Deutschland lebende Antragstellerin erfüllt weiter die allgemeinen Leistungsvoraussetzungen nach dem SGB II.

Nach den bislang feststellbaren Tatsachen dürfte die Antragstellerin nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) indes von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen sein, weil ihr (nur) ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche zusteht. Ein hier in Betracht zu ziehendes abgeleitetes Aufenthaltsrecht als Familienangehörige bzw nahestehende Person scheidet aus.

Zunächst ist derzeit schon nicht abschließend zu beurteilen, ob ihrem Partner nach kündigungsbedingter Aufgabe der einmonatigen Beschäftigung vom 18. Oktober 2021 bis 18. November 2021 ein nachwirkendes Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 bzw Satz 2 Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) zukommt, und zwar mindestens für die Dauer von sechs Monaten, wovon der Antragsgegner bislang ausgegangen war, das er nunmehr aber (vgl Schriftsatz vom 14. März 2022) bestreitet. Diesbezüglich bedarf es weitergehender Sachermittlungen, die im Hinblick auf den hier nur streitigen Leistungszeitraum bis 31. März 2022 untunlich sind (vgl zu den Mindestanforderungen einer Arbeitnehmereigenschaft insoweit zuletzt etwa Bundessozialgericht <BSG>, Urteil vom 27. Januar 2021 - [B 14 AS 25/20 R](#) - juris - Rn 24, 26 mwN). Ob die entsprechende Bescheinigung der Agentur für Arbeit über die unfreiwillige Arbeitslosigkeit, die nach der Rspr des BSG Voraussetzung für das Fortbestehen des Freizügigkeitsrechts iS einer konstitutiven Bedingung ist (vgl Urteil vom 13. Juli 2017 - [B 4 AS 17/16 R](#) = SozR 4-4200 § 7 Nr 54 - Rn 34 mwN), als solche zwingend vorliegen muss oder entsprechende gerichtliche Tatsachenfeststellungen genügen (vgl in diese Richtung BSG aaO), ist bislang höchstrichterlich nicht abschließend geklärt. Soweit der Antragsgegner einwendet, für eine Bejahung eines nachwirkenden Aufenthaltsrechts nach § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 bzw Satz 2 FreizügG/EU müssten auch die Voraussetzungen des § 138 Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung - (SGB III) vorliegen, mag dies zutreffen und sind diese Voraussetzungen auch Gegenstand der Bescheinigung der Agentur für Arbeit über das Vorliegen unfreiwilliger Arbeitslosigkeit. Dies gilt jedoch entgegen der Auffassung des Antragsgegners nicht für eine - unverzügliche - Arbeitslosmeldung, die nicht Tatbestandsvoraussetzung für das Vorliegen von Arbeitslosigkeit (vgl [§ 138 Abs. 1 SGB III](#)), sondern weitere (neben dem Vorliegen von Arbeitslosigkeit und der Erfüllung der Anwartschaftszeit) kumulative Voraussetzung für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld nach [§ 137 Abs. 1 SGB III](#) ist. Ob der Partner der Antragstellerin tatsächlich keinerlei Absichten hegt, in Deutschland (wieder) erwerbstätig zu sein, und es damit an den erforderlichen Eigenbemühungen iSv [§ 138 Abs. 1 Nr. 2 SGB III](#) fehlt, bedarf ergänzender Sachaufklärung und ggf auch einer Beweiserhebung durch Vernehmung als Zeuge, die indes dem Hauptsacheverfahren vorbehalten wäre. Derzeit können fehlende Eigenbemühungen jedenfalls nach Vorlage des Kündigungsschreibens am 21. Dezember 2021 nicht ohne Weiteres unterstellt werden.

Aus einem nachwirkenden Aufenthaltsrecht des Partners könnte die mit ihrem Partner nicht verheiratete Antragstellerin nach § 3 Abs. 1 FreizügG/EU ohnehin kein Aufenthaltsrecht als Familienangehörige (vgl § 1 Abs. 2 Nr 3 FreizügG/EU) ableiten. Als nahestehende Person iSv § 1 Abs. 2 Nr. 4c FreizügG/EU könnte ihr zwar nach Maßgabe des mWv 24. November 2020 durch Gesetz vom 12. November 2020 ([BGBl I 2416](#)) eingefügten § 3a Nr. 3 FreizügG/EU auf Antrag das Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet verliehen werden, wenn ihr Lebensgefährte mit ihr im Bundesgebiet nicht nur vorübergehend zusammen lebt, wovon derzeit mangels entgegenstehender Anhaltspunkte auszugehen ist. Ob hierzu eine individuell-konkrete Verwaltungsentscheidung erforderlich ist, bedarf keiner Beurteilung (vgl hierzu Hessisches Landessozialgericht <LSG>, Beschluss vom 29. Juli 2021 - [L 6 AS 209/21 B ER](#) - juris - Rn 135). Denn jedenfalls fehlt es an den Regelungsvoraussetzungen nach [§ 5 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4](#) Aufenthaltsgesetz (AufenthG), die nach § 11 Abs. 5 FreizügG/EU in den Fällen des § 3a FreizügG/EU entsprechend anzuwenden sind. Denn der Lebensunterhalt der Antragstellerin ist ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel gerade nicht gesichert (vgl [§ 2 Abs. 3 Satz 1 AufenthG](#)). Die Antragstellerin verfügt auch nicht über ein Daueraufenthaltsrecht nach fünfjährigem Aufenthalt in Deutschland (§ 4a Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU). Andere materielle Aufenthaltsrechte (als das zur Arbeitsuche) sind nicht ersichtlich. Insbesondere scheidet auch ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union aus (vgl hierzu Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 6. Oktober 2020 - [C-181/19](#) - juris). Denn dies setzt voraus, dass das Kind der Antragstellerin die Schule besucht. Ihr 2021 geborener Sohn ist jedoch noch nicht im schulpflichtigen Alter.

Ein Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet folgt für die Antragstellerin auch nicht aus den für Nicht-EU-Ausländer geltenden Regelungen zum berechtigten Aufenthalt, dh dem AufenthG. Gemäß § 11 Abs. 14 Satz 1 FreizügG/EU finden die Vorschriften des AufenthG Anwendung, wenn sie eine günstigere Rechtsstellung als das FreizügG/EU vermitteln. Denn eine Unionsbürgerin kann sich darauf berufen, nicht schlechter behandelt werden zu dürfen als andere Ausländer. Dies folgt aus [Art. 18 Abs. 1](#) des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), wonach unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist. Allerdings enthält das AufenthG im Vergleich zum FreizügG/EU keine (günstigeren) Regelungen, die zu einem Aufenthalt berechtigen würden.

Soweit es die Herstellung oder Beibehaltung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit ihrem Lebensgefährten und Vater des gemeinsamen Kindes angeht, würde dies auch nach dem AufenthG kein Recht zum Aufenthalt begründen. Nach [§ 27 Abs. 1 AufenthG](#) wird zwar eine Aufenthaltserlaubnis zur Herstellung und Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet für ausländische Familienangehörige (Familiennachzug) erteilt, um dem Schutz von Ehe und Familie gemäß [Art. 6 GG](#) zu entsprechen. Gleiches gilt nur für die Lebenspartnerschaft ([§ 27 Abs. 2 AufenthG](#)). Mithin begründet die nichteheliche Lebensgemeinschaft kein Recht auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis.

Die Beibehaltung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft stellt keinen begründeten Fall im Sinne des [§ 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG](#) dar, in dem eine Aufenthaltserlaubnis auch für einen von diesem Gesetz nicht genannten Aufenthaltswert erteilt werden könnte. Denn der Familiennachzug ist in [§§ 27 ff AufenthG](#) abschließend geregelt. Nichteheliche Lebensgemeinschaften sind von den ausdrücklichen Regelungen für den Familiennachzug gerade nicht erfasst, so dass die Anwendung von [§ 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG](#) grundsätzlich gesperrt ist (vgl BSG, Urteil vom 30. Januar 2013 - [B 4 AS 54/12 R](#) - juris - Rn 33). Das weitere Zusammenleben mit ihrem Kind könnte der Antragstellerin nach den Regelungen des AufenthG ebenfalls kein Aufenthaltsrecht bzw eine Aufenthaltserlaubnis vermitteln. [§ 27 AufenthG](#) kommt als Anspruchsgrundlage nicht in Betracht, weil die Vorschrift nur als Generalklausel zu verstehen ist, die durch die nachfolgenden Normen spezifiziert wird (vgl Tewocht in: Kluth/Heusch, BeckOK-Ausländerrecht, 30. Edition, Stand: 1. Juli 2021, [§ 27 AufenthG](#) Rn 10). Insoweit wird nach [§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG](#) der Familiennachzug von Elternteilen zu ihren minderjährigen ledigen Kindern nur Eltern deutscher Kinder gewährt. Das Kind der Antragstellerin hat aber die rumänische Staatsbürgerschaft.

Weil insofern an die Staatsangehörigkeit angeknüpft wird, ist in diesem Zusammenhang indes streitig, ob die Nichtgewährung einer Aufenthaltserlaubnis für einen sorgeberechtigten Unionsbürger für ein minderjähriges freizügigkeitsberechtigtes Kind mit Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaats, welches im Bundesgebiet lebt, eine Diskriminierung darstellt (für eine umfassende Gleichstellung mit einem deutschen Kind: LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 1. August 2017 – [L 19 AS 1131/17 B ER](#) – juris; Dienelt in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, § 11 FreizügG/EU Rn 33, 37; dagegen: LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22. Mai 2017 – [L 31 AS 1000/17 B ER](#) – juris; Hessisches LSG, Beschluss vom 21. August 2019 – [L 7 AS 285/19 B ER](#) – juris – Rn 45; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 9. Juni 2021 – [L 34 AS 850/17](#) – juris – Rn 51; Hessisches LSG, Beschluss vom 29. Juli 2021 – [L 6 AS 209/21 B ER](#) – juris – Rn 140; LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 16. November 2021 – [L 2 AS 438/21 B ER](#) – juris – Rn 50,51 mwN). Der erkennende Senat sieht insoweit keine unzulässige Diskriminierung durch die deutschen Vorschriften. Denn das Diskriminierungsverbot des [Art. 18 AEUV](#) gilt nicht absolut und ohne Ausnahmen, sondern lediglich „unbeschadet der besonderen Bestimmungen der Verträge“. Das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit wurde von den Mitgliedstaaten nur unter dem Vorbehalt der besonderen Bestimmungen in das Primärrecht aufgenommen. Würde es über diese Beschränkung hinaus auf sämtliche Fälle angewendet, würde die differenzierte Ausgestaltung, die die Mitgliedstaaten als Herren der Verträge an anderen Stellen vorgenommen haben, missachtet werden. Das allgemeine Diskriminierungsverbot ist danach mit einem Vorbehalt ausgestattet, wonach abweichende primär- und sekundärrechtliche Bestimmungen über die unterschiedliche Behandlung wegen der Staatsangehörigkeit möglich sind (Rossi in: Kluth/Heusch, BeckOK-Ausländerrecht, 30. Edition Stand: 1. April 2021, [Art. 18 AEUV](#) Rn 22).

Zu diesen besonderen Bestimmungen gehören unter anderem [Art. 21 AEUV](#) über die Freizügigkeit und den Aufenthalt der Unionsbürger im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten – vorbehaltlich abweichender Regelungen – und die [Art. 45, 49](#) und [56 AEUV](#), also die Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit. Insbesondere auf der Einräumung der Freizügigkeit nach [Art. 21 AEUV](#) (ehemals Art. 18 EGV) beruhen die Regelungen der Unionsbürgerrichtlinie (Richtlinie 2004/38/EG vom 29. April 2004, Abl L 158, S 123). Die Unionsbürgerrichtlinie regelt im Einzelnen die Bedingungen, unter denen Unionsbürger und ihre Familienangehörigen ihr Recht auf Freizügigkeit innerhalb des Hoheitsgebiets der Mitgliedstaaten wahrnehmen können, das Recht dieser Personen auf Daueraufenthalt sowie die Beschränkungen dieser Rechte (vgl insbesondere Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie, der eine ausdrückliche Ausnahme vom Diskriminierungsverbot enthält). Insofern bilden die Regelungen in Art. 7 der Unionsbürgerrichtlinie zum Daueraufenthaltsrecht auch für Familienangehörige – wozu die Antragstellerin gemäß Art. 2 Nr. 2 der Unionsbürgerrichtlinie nicht gehört – die Grundlage für die gleichwirkende deutsche Regelung in § 2 Abs. 2 Nr. 6 FreizügG/EU. Insofern enthält schon das Unionsrecht eine Begrenzung der Freizügigkeit. Auch das sonstige ausdifferenzierte Normprogramm der Unionsbürgerrichtlinie zu den Freizügigkeitsbegünstigten und das sie umsetzende nationale Recht würde durch eine Anwendung des [§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG](#) auf den Elternteil eines minderjährigen Unionsbürgers umgangen (vgl LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 9. Juni 2021 – [L 34 AS 850/17](#) – juris – Rn 51). Im Übrigen finden die Nachzugsregelungen in [§ 28 Abs. 1 und 2 AufenthG](#) ihre besondere Rechtfertigung gerade in dem Umstand, dass der Nachzug zu einem in Deutschland lebenden deutschen Staatsangehörigen erfolgt. Das Ziel ist daher die Familienzusammenführung in dem Heimatstaat, nicht in einem ausländischen Staat. Auf den Status eines deutschen Staatsangehörigen kann sich ein Unionsbürger daher jedenfalls insoweit nicht berufen. Eine Verletzung des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist darin gerade nicht gegeben (Rossi in: Kluth/Heusch Ausländerrecht, 30. Edition Stand: 1. April 2021, [Art. 18 AEUV](#) Rn. 22).

Aus [§ 36 AufenthG](#) folgt ebenfalls kein Anspruch auf einen Aufenthalt der Antragstellerin im Bundesgebiet. Denn es hält sich, anders als von [§ 36 Abs. 1 AufenthG](#) vorausgesetzt, bereits ein weiterer personensorgeberechtigter Elternteil im Bundesgebiet auf. Sonstigen Familienangehörigen eines Ausländers kann gemäß [§ 36 Abs. 2 Satz 1 AufenthG](#) zum Familiennachzug eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn es zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte erforderlich ist. Allerdings gelten auch insoweit die allgemeinen Voraussetzungen für die Erteilung von Aufenthaltstiteln, insbesondere das Erfordernis eines gesicherten Lebensunterhalts, [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG](#). Dies ist, wie bereits ausgeführt, nicht der Fall.

Auch [Art. 6 GG](#) verlangt nicht die Annahme eines den Leistungsausschluss gem. [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) beseitigenden Aufenthaltsrechts. Diese Regelung vermittelt keinen eigenständigen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt (vgl. Eichhorn in: Huber/Mantel, AufenthG, 3. Aufl. 2021, § 27 Rn. 2 u. 16; Dienelt in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, [AufenthG § 27](#) Rn. 90). Zwar müssen [Art. 6 GG](#) und [Art. 8](#) der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) bei der Prüfung, ob ein sorgeberechtigter Angehöriger eines minderjährigen, freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers über ein Aufenthaltsrecht verfügt, berücksichtigt werden (vgl BVerfG, Beschlüsse vom 4. Oktober 2019 – [1 BvR 1710/18](#) – juris – Rn 13 und vom 8. Juli 2020 – [1 BvR 932/20](#) – juris – Rn 15). Der Schutzbereich von [Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 GG](#) kann berührt sein, wenn den Betroffenen ein familiäres Zusammenleben nur im Heimatland, nicht aber im Bundesgebiet ermöglicht wird (vgl BVerfG, Beschluss vom 12. Mai 1987 – [2 BvR 1226/83](#) – juris – Rn 88 ff). Im Falle der Antragstellerin liegt aber keine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der grundrechtlichen Gewährleistungen vor. Insbesondere sind keine besonderen Gründe zu erkennen, die ein – gemeinsames – Verlassen des Bundesgebietes mit dem Kind und ihrem Lebensgefährten unzumutbar machen würden. Die Familie hält sich erst vergleichsweise kurz im Bundesgebiet auf. Das Arbeitsverhältnis des Lebensgefährten dauerte nur sehr kurz. Das Kind hat noch nicht einmal sein erstes Lebensjahr vollendet und ist nicht schulpflichtig. Auch sonst sind keine rechtlich erheblichen gravierenden Beeinträchtigungen zu erkennen, die bei einer Herstellung des familiären Zusammenlebens im Heimatland drohen würden.

Spricht daher derzeit alles dafür, dass jedenfalls dem Anspruch der Antragstellerin auf Leistungen nach dem SGB II ein gesetzlicher Leistungsausschluss entgegensteht, weil sich ihr Aufenthaltsrecht derzeit allenfalls aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt und daher der – insoweit wohl auch nach dem seit 29. Dezember 2016 geltenden Recht wirksame (vgl zur alten Rechtslage BSG, Urteile vom 3. Dezember 2015 – [B 4 AS 59/13 R](#) ua – juris; vgl auch seine Rspr bekräftigend BSG, Urteil vom 30. August 2017 – [B 14 AS 31/16 R](#) -) – Leistungsausschluss in [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) in der derzeit geltenden Fassung zum Tragen kommt, gälte dieser Vorbehalt des [§ 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) – wie das BSG zur alten Rechtslage ebenfalls ausdrücklich klargestellt hat (vgl BSG aaO) – indes nicht für Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch – Sozialhilfe – (SGB XII). In Ansehung der Rechtsprechung des BVerfG bestehen auch erhebliche

Zweifel, ob der vom Gesetzgeber insoweit als Klarstellung gedachte (parallele) Leistungsausschluss in [§ 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII](#) grundgesetzkonform ist. Dies gilt umso mehr, als die genannten Vorschriften auch im Lichte des Grundrechts der Antragstellerin auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art. 1 Abs. 1 GG](#) iVm dem Sozialstaatsprinzip des [Art. 20 GG](#) auszulegen sind, das deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in Deutschland aufhalten, gleichermaßen zusteht, dem Grunde nach unverfügbar ist und das unmittelbar kraft Verfassungsrechts gebietet, dass ein Leistungsanspruch eingeräumt werden „muss“ (so ausdrücklich BVerfG, Urteil vom 18. Juli 2012 – [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#) – juris – Rn 62 mwN), ohne dass die hier einschlägigen Rechtsfragen sich damit „ohne Weiteres“ aus der genannten Entscheidung des BVerfG beantworten ließen (so ausdrücklich BVerfG, Beschluss vom 12. Februar 2020 – [1 BvR 1246/19](#) – juris – Rn 22); sie können letztlich nur im Hauptsacheverfahren geklärt werden.

Dies gilt unverändert auch in Ansehung der seit 29. Dezember 2016 erfolgten gesetzlichen Neuregelungen, die sich ebenfalls am GG messen lassen müssen. Die Antragstellerin, die sich in der Bundesrepublik Deutschland erlaubt aufhält (vgl zur generellen Freizügigkeitsvermutung bei Unionsbürgern BSG, Urteil vom 20. Januar 2016 – [B 14 AS 35/15 R](#) – juris – Rn 25), dürfte nach dieser Rspr von den Leistungen des [§ 23 Abs. 1 SGB XII](#) im Übrigen auch nicht gemäß [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) (durch das Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch vom 22. Dezember 2016 <Bundesgesetzblatt 2016 Teil I S. 3155> hat der Gesetzgeber anerkannt, dass die in [§ 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) „genannten erwerbsfähigen Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen dem Leistungssystem des SGB XII zugewiesen“ sind <vgl [BT-Drucks 18/10211 S 14](#)>) ausgeschlossen sein.

Insoweit ist auch zu beachten, dass das BVerfG zu [§ 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII](#) ausgeführt hat, dass diese – dem [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) weitgehend gleichende – Vorschrift nicht ausdrücklich an die Feststellung des Nichtbestehens der Freizügigkeit, sondern nur an das Nichtbestehen eines Aufenthaltsrechts anknüpft. Der Wortlaut der Vorschrift lasse „nicht darauf schließen, dass der Leistungsausschluss vor der Bestandskraft der Feststellung des Nichtbestehens der Freizügigkeit gelten soll“ (vgl Beschluss vom 26. Februar 2020 – [1 BvL 1/20](#) – juris – Rn 12; in diesem Sinne einen Leistungsanspruch bereits nach dem SGB II trotz fehlenden materiellen Aufenthaltsrechts aus einem anderen Grund als dem der Arbeitsuche bejahend Hessisches LSG aaO Rn 165). Eine derartige „Verlustfeststellung“ liegt bei der Antragstellerin nicht vor. Der rechtmäßige Aufenthalt besteht daher, solange nicht ein Rechtsakt feststellt, dass die Antragstellerin als Unionsbürgerin nicht freizügigkeitsberechtigt ist (vgl [BSG, Urteil vom 30. Januar 2013 – B 4 AS 54/12 R](#) – juris – Rn 20). Ob die genannte Auslegung des BVerfG letztlich auch dazu führte, entgegen der Rspr des BSG schon den Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) im Falle der Antragstellerin als nicht anwendbar zu betrachten oder ob es insoweit einer materiellen Freizügigkeitsberechtigung aus einem anderen Grund als dem der Arbeitsuche, die nicht mit der Freizügigkeitsvermutung für Unionsbürger gleichzusetzen ist (vgl BSG, Urteil vom 30. August 2017 – [B 14 AS 31/16 R](#) – juris – Rn 23 mwN), bedarf, ist im Eilrechtsverfahren nicht abschließend zu entscheiden. Jedenfalls das BSG geht in ständiger Rspr davon aus, dass die generelle Freizügigkeitsvermutung für Unionsbürger weder einen Zugang zu Leistungen nach dem SGB II eröffnet noch dem Ausschluss von Leistungen nach dem SGB II entgegensteht (BSG aaO).

Der Antragsgegner wäre im Übrigen zwar für die Erbringung von SGB XII-Leistungen nicht zuständig, zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes gerade bei Leistungen der Existenzsicherung ist vorliegend aber auf die Wertung des [§ 43 Abs. 1 Satz 2 Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil – \(SGB I\)](#) zurückzugreifen. Danach sind, wenn zwischen mehreren Trägern streitig ist, wer zur Leistung verpflichtet ist, vorläufige Leistungen vom unzuständigen Träger zu erbringen, wenn der Berechtigte es beantragt. Dies rechtfertigt zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes, der bei einer Beiladung und Äußerungsmöglichkeit des Sozialhilfeträgers allein aus zeitlichen Gründen letztlich nur mit erheblicher Verzögerung zu gewährleisten wäre, die einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners. Dieser ist, sollte sich im Hauptsacheverfahren im Ergebnis ein SGB II-Leistungsausschluss und ein Anspruch nach dem SGB XII ergeben, dann insoweit auf einen Erstattungsanspruch gegenüber dem SGB XII-Träger zu verweisen, zumal er den Leistungsantrag augenscheinlich auch nicht an diesen Träger weitergeleitet hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf der entsprechenden Anwendung von [§ 193 SGG](#) und berücksichtigt, dass die Antragstellerin im Wesentlichen obsiegt hat.

Der Antrag auf PKH für das Beschwerdeverfahren (vgl [§ 73a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) iVm [§ 114](#) Zivilprozessordnung) war im Hinblick auf den ausgeworfenen Kostenerstattungsanspruch der Antragstellerin und die dadurch insoweit entfallende Bedürftigkeit abzulehnen. Gleiches gilt für das erstinstanzliche Verfahren.

Dieser Beschluss ist gemäß [§ 177 SGG](#) nicht mit der Beschwerde an das BSG anfechtbar.

Rechtskraft  
Aus  
Saved  
2022-05-17